DISSERTATIONEM INAVGVRALEM

DE

REPLICA LIBELLO INSERENDA

DIVINO MODERANTE NVMINE

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS

IN ACADEMIA LIPSIENSI

CONSENSV

PRO

GRADV DOCTORALI

IN VTROQVE IVRE OBTINENDO

DEFENDET

CHRISTIANVS EHRENFRIED ADOLPH FRITZSCH

LVCCA-LVSAT.

DIE XIX. IVLII A. R. S. cIↃIↃCCXXXVI.

LIPSIAE

LITERIS RICHTERIANIS.

CONSPECTVS
DISSERTATIONIS.

§. I.

§. I.

IVris Theoriam propter Praxin addiscendam, et Ius Practicam esse Disciplinam, nemini erit dubium. In addiscendo igitur Studio Iuris, si ab obsoletis, sterilibus, leuiorisque ponderis materiis discesserimus, primam primariamque practicabilium, fructuosarum, grauium, earumque, quae de pane (*vt loqui amant*) et lacte sunt, rationem habere materiarum, operae erit pretium.

Ius est Disciplina Practica.

Vtilia addiscenda.

Quo longius et latius vero amplus, in quo Studiosis Iuris desudandum, pateat campus, hoc maiori animi expendant oportet agitatione, bene verissimum illud Ouidii:

Tempori inseruiendum.

Vtendum est aetate, cito pede labitur aetas,
Labitur occulte, fallitque volatilis aetas.

L. III. de art. am. quo nomine destinatum huic studio tempus, in adquirenda materiarum, quae in ipsis rerum obtinent argumentis, et quotidiano fere vsu veniunt, notitia, tantum abest, inquirendis iis, quorum vel nullus, vel rarior certe vsus, consumant oportet, adducti

admonitione PAVLI *in l. 25. de Liber. legat.* PAPINIANI *in l. 44. de Vsucap.* IVSTINIANI *in l. vlt. pr. C. de bon. quae liber.* Id si minus facient, Tribonianos quidem atque Theophilos sese existimabunt, annon vero, plenariam istam, qua de laetantur, Iuris peritiam, si ad facta adplicare illis contingat, Dupondiorum potius mereantur nomen, viderint illi ipsi.

§. II.

Ratio cur haec materia electa.

Cogitantibus nobis saepenumero de eligendo Themate iuridico, non ad Theoriam solum, verum Praxin etiam, quin imo declinandam erroris, quo de §. *anteced.* dictum, suspicionem peradposito, duobus abhinc annis: sub Praesidio Viri CONSVLTISSIMI, DOMINI D. KAESTNERI: *An vxor, quae consentit marito testanti, portioni Statutariae sine Curatore renunciare queat?* et praesens: *de Replica Libello inserenda,* anterioribus congruere visum meditationibus, accedit, quantum nos quidem legere meminimus, si a Commentatoribus discesserimus, praesens thema peculiari Dissertatione exaratum haud obuium esse. Principio monendum est, verbum *inserenda,* hic loci neutiquam inuoluere necessitatem, vt quidem alias de participiis dici adsolet, quod tamen in genere vix erit verum, quandoquidem verba deseruire debent intentioni, non haec verbis, *c. 15. X. de V. S.* verba hinc non nisi pro substrata materia sunt intelligenda. Simillimum in modum IVSTINIANVS *L. II. T. XIV. I. de Haeredibus* inscripsit *instituendis:* quod vero ibidem haudquaquam de haeredibus necessa-

Participia non semper inuoluunt necessitatem.

rio,

rio, et ſemper inſtituendis fiat ſermo, ne iis quidem, qui vel leuiter ſaltem hanc materiam deguſtarunt, erit incognitum, eundem in modum in praeſenti themate, *de Replica libello inſerenda*, varia quidem, non vero quaſi nullo non tempore id fieri debeat, vt inſeratur libello, animus eſt diſſerere.

§. III.

Definitionem omnem in Iure ciuili eſſe periculoſam, ait IAVOLENVS *in l. 202. ff. de R. I.* quocirca in formanda ea, quae eſt Replicae, haud conueniunt inter ſe DD. plerorumque attamen eſt ſequens: quod *ſit poſitio,* (quatenus ſcilicet opponitur Exceptioni) *qua actor ad exceptiones a reo oppoſitas reſpondet, ad elidendam hac ipſa eius intentionem.* Non vnus eſt Poſitionis ſignificatus, quandoque ſumitur pro ſundo, forte, patrimonio, *vid. l. 3. §. 2. de ann. legat.* quandoque breuem denotat facti narrationem, ad eliciendam veritatem, *vid.* MARANT. *in Spec. Aur. p. 17. rubr. de Poſit.* et late DVRANDVS *in Spec. Iur. P. II. L. II. de Poſit.* vnde denominatio libelli poſitionalis, vid. CALVIN. *Lex. Iurid. voce Poſitio.* Neuter horum huic conuenit tractationi; per eam potius hic intelligimus: *Ius, quo exceptio a reo oppoſita reſoluitur. vid. l. 35. de Pact. in f.* id quod vernacula effert: einen Satz, Rechtlich Einbringen. Reſponſiones ad rei exceptiones remouendas. Huc collineant verba VLPIANI *in l. 2. §. 1. de except. Replicationes nihil aliud ſunt* (inquit) *quam exceptiones, et a parte actoris veniunt, quae quidem ideo neceſſariae, vt exceptiones excludant,*

Definitio Replicae.

Poſitio varie ſumitur.

cludant, alium igitur in finem nullum, quam obuiam ire exceptionibus rei, Replica vtitur actor. His recte ita sese habentibus, Replica quatenus vel statim inseratur libello, vel rei demum sequatur exceptiones, vel in secunda proponatur instantia, (*quo de* §. 14. *infra*) est: *Remedium actori competens, ad excludendas rei exceptiones.*

§. IV.

Exceptiones rei generales non sunt attendendae.

Remedium hoc, si libello non statim inseratur, actori non competit prius, quam rite a reo oppositis exceptionibus, contra quas vt replicare, sic et articulos concipere valeat elisiuos. Exceptiones igitur reus opposuerit, necesse est, non generales tantum, *v. c.* tua non interest, non adimpleti contractus, non competentis actionis, (quae vltima quandoque vt specialis admittitur §. 8. *infra*) quales siue vt dilatoriae opponantur, siue vt peremtoriae, non sunt attendendae, *vid.* VASQV. *illustr. contr. P. II. L. II. c.* 32. *n.* 13. et Iudex earum rationem habet nullam, teste ANT. FABRO *in Cod. L.* 9. *t.* 22. conf. KLOCK. *Vol. VIII. consil.* 149. *n.* 325. Sic reus exceptione non fundatae intentionis opposita, in reprobatione vi huius speciales quas habet, deducturus, audiendus non est, quandoquidem exceptio adeo generalis, vt ex quo potissimum capite, actoris intentionem haud fundatam velit, non adpareat, actor enim tali ratione et elisiuos concipiendi articulos, et replicam suam probandi, priuaretur facultate, vti pronunc. *ICti Viteb. Mens. April.* 1720. *test.* WERNHERO *P. IV. O.* 152.

§. V.

§. V.

Cautela quorundam.

Salutarem et omnibus numeris absolutam commendare quidam haud dubitant cautelam: *Exceptiones non nisi generales opponere, et Litis Contestationi adnectere*, v. g. rei non sic sed aliter gestae, ad adimendam actori facultatem formandi articulos elisiuos, et replicam. Vellent, velimus, rem paulo curatius perpendere ipsam, haud contemnendum inde emergere damnum, et omnem cautelam, quanta est, commodi habere nihil, incommodi satis, illis innotesceret. Quid enim prohibet actorem, quo minus rei calliditatem bene animaduertens, pari eam possit compensare, atque deducere, perinde habendum esse reum, ac si plane non excepisset; cum paria semper sint, aliquid facere, vel facere quidem, sed non legitime, paria quoque esse, plane non excipere, vel excipere quidem, ast illegitimo modo. Certe potissimus huius cautelae erit effectus, vt reus cadat probatione; articuli enim super exceptionibus non statim post L. C. sed multo post expressis, concepti, sunt impertinentes, *a O. P. S. V. T.* 21. §. 4. funditus tandem laudata euertitur cautela per *O. P. S. R. T. XD* §. 4.

Verum damnosa.

Paria non excipere, vel excipere, sed illegitime.

§. VI.

Ratio cur haec cautela non probanda.

Ex dictis hactenus satis adparet, quam bene sibi consulat generaliter tantum excipiendo, reus, actor si velit memoratam in eius odium retorquere cautelam, id quod non prudentis solum actoris est, sed omni etiam fit iure. *vid.* TITIVS in *I. Priu. L.* 12. *c.* 7. §. 2.

ID. *in Obseru. Lauterb.* 1134. Fac, reum ad circumueniendum actorem, nil nisi praedicta opus habere cautela, haud scio, an vel vnus saltem reorum, quippe quorum fugere *l.* 13. *C. de Iudic.* de bonitate causae, vel legitimis ad se tuendum mediis sollicitus sit futurus, herba potius illi esset haec cautela Betonica, ad declinandum omne iudicium, elidendamque quamcumque, cuiusuis actoris intentionem. Nullo vero modo malitiis hominum indulgendum, *l.* 38. *de Rei Vind.* multo minus, cum adhuc in finem, vt alteri per alterius malitiam iniqua inferatur conditio. *l.* 74. *de R. I.*

§. VII.

Vti libellus generalis, eodem modo exceptio generalis, nullius momenti.

Verum itaque permanet, reum exceptione non audiendum esse generali, non autem ob illam solum, qua de *in* §. 4. *in f.* facta mentio, rationem, verum etiam eam maximopere: quod excipiendo reus fiat actor, *l.* 1. *de Except. l.* 19. *pr. de probat.* Quemadmodum vero actoris libellus generalis, speciali sine causa debendi, vel iuris, ex quo agit, facta certioratione, haud sustinetur, intuitu rei mitius procedendum non erit; iam vero actor v. g. 100. petens ex Contractu, nullam aliam tuto sperare poterit sententiam; praeter eam: Daß die Klage immaßen sie anbracht, nicht statt habe, vid. SVENDEND. ad FIBIG. *p.* 229. Quinimo eiusmodi libellus ex officio reiiciendus, actor in expensas, Aduocatus poenam V. thaler. condemnandus, *per O. P. S. R.* 1. 5. §. 3. ex natura correlatorum, cum ad paria iudicentur actor et reus, quam id recte faciant rei generaliter excipiendo, constat. *vid.*

vid. BACHOV. *ad* TREVTL. *Vol. I. Disp. V. th. 1. L. b.* et omn. de BERGER. *de art. elis. th. 19. in eius Vol. XXXIV.*

§. VIII.

Exceptionem, superius §. 4. diximus, non competentis actionis, vt generalem non debere attendi, patitur limitationem, eo duntaxat casu, si vt specialis obiiciatur, nondum scilicet competentis actionis, quippe quae actori, iusto citius agenti, merito obstat, haud secus ac si agat ex facto quidem vero, ad agendum vero inhabili; ex testamento velut inualido, vbi exceptio non competentis actionis, pro substrata materia pro speciali reputatur, quamuis facti inhabilis adcuratius tum dicatur exceptio, vid. TITIVS *in I. Pr. L. 12. c. 7. §. 2.* aliis in casibus, in quibus vt specialis admittatur non competentis actionis exceptio v. *omn.* de BERGER *El. Proc. Prov. th. 17. 18.*

Except non competentis act quandoque vt specialis opponitur.

§. IX.

De Replica actoris quatenus ordinario opponatur modo, hactenus. Iam ad propositum ipsum veniamus oportet, *de inserenda quippe ea libello.* Princeps hic agitanda venit quaestio: in actoris arbitrio vtrum positum sit, nec ne, nullo non tempore libello inserere Replicam? Illustr. de BERGER *in El. D. F. p. 1087.* et *El. Pr. Ex. §. 48.* distinguendo, si in continenti liquida sit exceptio, *inquit*, statim libello inserendam esse Replicam, idemque in *Oec. Iur. ed. nou. p. 1002.*

An actoris arbitrii res sit Replicam inserere libello?

 existi-

existimat, variaque ibidem adducit praeiudicia *F. I. V.* Sic si vereatur actor, praescriptionis sibi obiectum iri exceptionem, statim inserere libello replicam, ad interrumpendam eam, suadet, quo facto actor a limine iudicii repellendus haud sit, quamuis praescriptio ex primo statim libelli intuitu innotescat, bene vero replica interruptionis quaestio foret altioris indaginis, ID. *c. l. conf.* WERNHER *P. VI. O. 326.* Antea enim, deinde de replica esse cognoscendum, probationes atque reprobationes absoluendas, quam super praescriptione, vtrum ei locus sit, nec ne, pronunciari possit. WERNHER *En. Iur. 472. P. II.*

§. X.

Si replica libello non inserta quomodo pronunciandum?

Bene aliter vero sentit BERGERVS, si replica libello inserta non sit, et rei in continenti liquida deprehendatur exceptio, vbi non obstante actoris replica, reum absoluendum, pronunciandumque: Daß die Klage, inmaßen sie anbracht, nicht statt habe, statuit, actor potius ad aliud ablegandus sit iudicium, quo cum etiam faciunt BRVNNEM. *l. c. L. III. c. 7. §. 3.* et quem adlegat MEVIVS *P. III. Dec. 226.* WERNHER *P. IIX. O. 354.* ibique praeiudicia *Scab. Lips.*

Casus.

Exemplum adducere iuuabit: Cohaeres agit contra cohaeredem actione familiae erciscundae, reus opponendo exceptionem transactionis, eam documento in continenti probat, actor NB. replicando, dolo se ad transigendum fuisse adductum, enormiterque laesum, eius probationem in se suscipere vult; ad mentem BERGERI, eorumque quibus eadem placet sententia,

reus

reus absoluendus, actor vero cum replica, ceu quaestione altioris indaginis, ad separatum iudicium delegandus, et in adpellationis instantia talis sententia confirmanda, vti pronunc. *ICti Viteb. Mens. Maio, 1711.* teste illustr. LEYSERO *Spec. 512. m. 8.* rationes decidendi apprime cum ad hunc casum illustrandum faciant, adducamus: Derer Kläger fürnehmstes Grauamen bestehet darinne, daß sie mit ihrer Klage abgewiesen, und Beklagter von derselben entbunden und loßgesprochen worden; alldieweiln aber Beklagter die Exceptionem Transactionis, und factae iam Diuisionis iudicialis vorgeschützet, solche auch durch das, bey denen Actis primae Instantiae, in Abschrifft befindliche, und damals originaliter producirte Document bestärcket, die Exceptio laesionis und omissi inuentarii hingegen, weil solche der Klage selbst *per modum replicae* nicht *inseri*ret worden, wider ein in continenti liquides Document, dadurch litis ingressus verhindert wird, keine statt finden, sondern in absonderlichen Processu ausgeführet werden muß rc. so haben wir, solches Grauaminis ungeachtet, das vorige Urthel confirmiret.

§. XI.

Praestare igitur non solum, verum necessitatis etiam esse, in casu exceptionum rei in continenti liquidarum, libello inserere replicam, modo adlegatorum sententia est *ICtorum,* ad euitandum vti §. *praeced.* dictum, pronunciari: Daß die Klage immaßen sie anbracht, nicht statt habe. Caueat actor tamen, ne captiose opponat replicam, recte iidem quoque admonent.

Praestat secundum BERGERVM, si exceptio liquida, replicam inserere libello.

nent, *vid.* de BERGER. *El. D. F. p. 171.* Quod ad reliquum attinet, vnum erit idemque, vtrum sententia: Daß die Klage, immaßen sie anbracht, nicht statt habe, feratur, an simpliciter: Daß die Klage nicht statt habe, omissa verba, immaßen sie anbracht, tacite subintelliguntur, sententia scilicet, non aliud quam institutae actionis continet genus, non vero ad nouum illud, cui inseratur replica, adplicanda. BERGER. *El. Proc. Ex. th. 48.* ID. *in Oec. Iur. ed. nou. p. 1003.*

§. XII.

Annon praestet actori probationem concedere?

Missas faciamus horum auctoritates, ipsa re potius, et ratione exquiramus, vtrumne expediat, secundum eorum pronunciare sententiam, an praestet actorem ad replicae admittere probationem, licet libello replica inserta non sit?

adfirmatur

Iis quae sequuntur rationibus adducti, in adfirmatiuam posterioris abire sententiam, nulli dubitamus.

Rat. 1)

Primam haud nullius ponderis rationem adfert illustr. LEYSERVS *c. l.* absolutoriam talem neutri partium prodesse sententiam, in vtrorumque potius vergere detrimentum, quandoquidem nulla plane exigente necessitate, non iudicia solum, verum sumtus quoque, atque temporis duplicetur iactura.

2)

2) Reum per hanc absolutoriam licet, plane lucrari nihil, non enim motam contra illum tollit actionem, saltem in aliud tempus eam differt, certo enim praeuidere posset reus, exhibito alio libello, emissa noua citatione, noua litis facta contestatione, alia desuper sententia lata: Kläger solle Dolum und die Laesion erweisen, iri pronunciatum, quae duae rationes Illustr. LEYSE-

LEYSERO iam familiam ducere videntur. Addamus vlterius 3) esse et iudicis, et partium, si vtrique conscientiae rationem habere velint, omnem quidem ad abbreuiandos Processus, euitandos sumtus, aucupandum tempus, nauare operam, tantum abest, cumulandos, augendos, cum quod fieri possit per pauca, per plura fieri prohibeatur, *a. §. 43. l. de R. D.* taceamus, in Saxonia praeprimis Electorali, longe saluberrime, etiam atque etiam, passim, in *O. P. R.* idem iniungi, alium vero in finem nullum tenderet vnquam admissio actoris ad probandam replicam separato in Iudicio. Iudicis 4) est, sententia litem dirimere, perque eam finem facere controuersiae, *l. 21. ff. de R. C.* annon in adducto casu iudex actorem ad nouum, et aliud iudicium remittendo, nouam litigandi praebeat causam, nedum per indirectum ad controuertendum inuitet? 3) 4)

§. XIII.

Praegnans 5) est ratio a L. C. desumta adfirmatiua. Reus litem adfirmatiue contestatur, adiicit vero exceptiones peremtorias, nullum est dubium, admittere eum ad earum probationem, actor adfirmat rei exceptiones, replicando iisdem obuiam it, quid oberit, quo minus ad eius probationem admittatur, vti reus, cum ad paria iudicentur actor et reus, pro natura correlatorum, hinc est, quod in *l. 22. §. 1. de Except.* contraria replicatio dicatur exceptio, et quasi exceptionis exceptio, quia perinde vt reus exceptione, actor vtatur replica, ad elidendam rei intentionem, *l. 2. §. 1. de Except.* in effectu replica sub exceptionis conti- 5)

continetur nomine, subit enim reus excipiendo partes actoris, vicissim actor replicando rei, ZIEGLER. *ad* LANCELL. *I. I. C. L. 3. 1. 80. §. 21. ad verba: ad similitudinem.* Si denique a reliquis omnibus, quae adduci poterunt adhuc, discedamus rationibus, dictae erunt sufficientes satis, ad iniungendam actori probationem, licet replica inserta haud fuerit libello, licet liquida deprehendatur rei exceptio.

§. XIV.

Non obstat c. 1. de L. C. in 6.

Hac sententia alienum non est, *c. 1. de L. C. in 6.* quo in capite reus, exceptionem litis ingressum impedientem opponens, a necessitate litem contestandi liberatur, non autem in *d. c.* sermo, nisi de exceptione litis ingressum impediente, quae actionem plane tollit, atque perimit, LEYSER. *c. l.* aliter vero sentiendum de tali, quae per replicam actoris fit turbida, atque controuersa, vti in casu a nobis adlato, nisi reus replicam in continenti, duplicando iterum remoueat.

Non obstat obseruantia.

Aeque minus sententiae nostrae detrahit quidquam, trium ille literarum tyrannus, MOS, (*verbis Roterodamensis liceat vti*) obseruantia scilicet, nulli equidem fumus nescii, in contrarium quandoque pronunciari, in auctoritatibus nobis non prius videtur adquiescendum, quam si istae comparatae sint *ad l. 18. C. de Iudic.* in eo autem a nobis casu adducto, haud sine iniuria litigantium, MORI gereremus morem. Audiamus MAESTERTIVM *de artif. disp. §. 9. auctoritas rerum* (inquit) *iudicatarum in hac decertandi palaestra parum prodest, si dixerit quis sic vidi, sic audiui, en decisionem magis*

magis risum, quam nostram fidem excitat, nos quaerimus, cur ita dictum, num ea redoleant iustitiam, annon potuisset iudicari melius, conf. elegantissima Differt. GRIBNERI, cuius praematurum hucdum deploramus obitum, *de Obseruant. Colleg. Iurid. occas. §. 49. Resol. Grau. d. a. 1661.* quantum auctoritatibus tribuendum sit, aliorum iam esto iudicium.

§. XV.

Vlterior efflorescit quaestio: an in secunda etiam instantia actor replica audiendus? Reum recte in hac etiam instantia opponere exceptiones, inter omnes constat Iuris Doctores, plane et nouas, et diuersas ab iis, quibus in prima instantia fuit vsus, modo non ad aliam attineant, quam institutam actionem, certum etiam est, reum non adstringi ad exceptionem vnam, vt actor actionem pluribus potius, et a se inuicem discrepantibus, recte vtatur, *l. 8. de Except. l. 43. de R. I. c. 20. de R. I. in 6.* siquidem hic nulla obueniat diuersitatis ratio, primam inter, et secundam instantiam, priori enim sententia per adpellationem suspensa, in pristinum causa redit statum, in quo ante L. C. erat v. *omn.* FERRAR. *de Adpellat. L. III. c. 5.* vbi BALDO dissentienti respondet. Plane nobis ambiguum non est, intuitu actoris, ab adfirmatiua etiam stare sententia, replicationes enim 1) vti *§. 12. in f.* dictum fuit, sub exceptionis nomine continentur, vt igitur aeque minus replica in adpellationis instantia sit reiicienda, quam rei exceptio. 2) Partes actoris replicantis dicuntur fauorabiliores, quam rei, vt

An replica in secunda Inst. admittatur? adfirmatur Rat. 1) 2)

notat Glossa et DD. *ad l. fin. C. de edendo.* propterea aeque facile concedendum illi videtur, diuersis ac variis vti replicationibus, *l. 13. C. de transact.* BARTOL. *in l. 8. de Except.* His praesuppositis, actorem in adpellationis instantia, omnibus illis recte vti replicationibus, quibus vel ad intentionem suam confirmandam, vel rei exceptionibus satisfaciendum, inesse quid, credit, salua manente vtrobique ratione, adparet.

Casus. Fac itaque actorem agere contra venditorem, ad rem tradendam, hunc vero, se tempore contractus extitisse minorem, excipere, remque sine decreto valide alienare non potuisse, absolui quoque sententia, integrum sine dubio est actori, interposita adpellatione replicando deducere: reum maiorem factum, ratihabuisse contractum *l. f. C. si maior factus.* Fac porro actorem petere decimas, reum adlegato priuilegio absolui, se contra priuilegium praescripsisse, actor in adpellationis instantia replicabit. *vid. c. 15. X. de Priuil.* Obiiciat, si quis velit, *l. 30. §. f. de pecul.* vbi replica dicitur sequi naturam actionis. Eatenus id sciat procedere tantum, quatenus cum ea conueniat, et in eo solum casu durare tam diu, quamdiu alias duraret actio, secus in reliquis, vbi naturam potius sequitur exceptionis. *l. f. de Except. vid.* DECIVS *in c. si autem n 8. de rescr.* Rectius itaque cum adfirmatiua facere sententia nobis videmur, actorem in secunda instantia iis omnibus, quae ad elidendas rei exceptiones quid faciant, vti posse. *conf.* HARTM. PISTOR. *L. IV. qu. 23. n. 39. seqq.* cum idem iuris esse possit in replica, quod iuris in exceptione. *vid.* MEVIVS *P. III. Dec. 226. n. 3.*

§. XVI.

§. XVI.

Supra §. 9. diximus praescriptionis exceptionem elidi posse per replicam libello insertam, quaeritur: an idem in apocha? Contingit quandoque Creditori, bonam debitoris fidem agnoscenti, vt sub promissione realis solutionis in euentum det apocham seu quietantiam, postea vero solutionem obtinere nullo modo queat, quali ei succurrendum remedio? Instituat necesse est querelam non numeratae pecuniae intra 30. dies, *l. 14. C. de N. N. P.* BESOLD. *P. II. conf. 59. n. 7. 8.* cur vero adeo parum temporis actori hic ad agendum currat, DD. eam perhibent rationem: LL. creditorem haud adeo facilem praesumere in danda apocha, factam ante solutionem ipsam. *vid.* HEIGIVS *ad T. I. de Lit. Obl. n. 30.* Ea quaestio hoc in casu quae caput est: an Creditor, si amice se erga debitorem exhibere, precibusque solutionem exigere, quam ex iure cum illo agere malit, nonnumeratae pecuniae querelam non instituat, praeterlapso 30. dierum spatio adhuc agere, et libello replicam de dolo debitoris, ad elidendam eius apochae exceptionem, inserere queat? neganda videtur *ob l. 14. §. 2. C. de N. N. P. tempore 30. dierum praeterlapso, Creditorem hanc exceptionem in tantum amittere, vt omnino cautioni suae stare teneatur, nec vlterius de pecunia sibi non soluta querelam mouere possit, etiamsi onus probandi in se suscipere velit;* vna cum hac lege idem statuunt WESENB. *P. I. Conf. 42. n. 18.* CARPZ. *P. II. C. 29. d. 19. n. 7. 8.* FREYER. *de Solut.*

Si Creditor apocham dat in euentum,

intra 30. dies querelam instituat N.N.P.

Solut. c. XI. n. 39. qui Creditorem nec hoc casu ad iuramentum admitti vult.

§. XVII.

Verior adfirmatiua.

Verum enim vero, verior adfirmatiua est sententia, quamuis enim de iure quidem ista sese habeant ita, de quibus §. *ant.* dictum, regulariter etiam talem in modum procedatur, iustum et aequum tamen manet, atque permanet

Rat. 1) 1) iura subuenire deceptis, non

2) decipientibus, *L. 2. ad SGt. Vellej.* 2) neminem cum alterius damno et iniuria fieri debere locupletiorem, *L. 14. ff. de condict. ind.* quo iure dolus, cui alias omnibus modis occurrendum *L. 1. de dolo,* debitori poterit prodesse? Certe aequitas, quae in omnibus, maxime autem in iure spectanda *L. 8. C. de. Iudic. citatae l. 14.*

3) limitationem addet. His 3) cumulum adiicit *l. 5. §. vlt. de doli mali et met. exc.* quod dolus eiusmodi specialis contra quietantiam et Chirographum ipsum, perpetuo possit vrgeri, qualem in modum pronunc. *ICti Viteb.* referente WERNHERO *P. II. O. 355. Suprema Cur. Prou. Lips.* it. *Scab. Lips.* quae late omnino cum rationibus dubitandi et decidendi apud BERGER. *in E. D. F. p. 375. seqq.*

§. XVIII.

An actor, si neget except. ad probationem replicae admittendus? videtur quod non

Negat interdum actor, annon tum erit ad probationem replicae admittendus? Desumto argumento a reo in poenam inficiationis, negatiua sententia aliquam prae se ferre videtur speciem, reus enim, litem negatiue

negatiue conteſtatus, ad libellum, in quo proprio ſuper facto iuramentum ei delatum, perdit exceptiones, *vid.* RIVIN. *ad O. P. S. t. 16. En. 14. t. 18. En. 129.* iam vero excipiendo reus fiat actor, actor replicando reus, ad paria quoque eſſe iudicandos? Sed poena inficiationis, quandoquidem 1) nulla ſanciatur lege, fori potius vſui eam acceptam referamus, id quod pluribus deducit WERNHER. *P. I. O. 107.* 2) odioſa, quale ſine dubio inficiationis poena reſtringenda *c. 15. de R. I. in 6.* tantum abeſt amplianda, vel de caſu ad caſum extendenda, dicta inficiationis poena, quae intuitu rei tantum obtinet, ſpecifice ad actorem adplicanda non eſt. 3) *O. P. S. R. t. 16. §. 3.* reo quidem in poenam mendacii, ſi propria negauerit facta, niſi tempore L. C. aliam de iis non habuiſſe notitiam, iuratum adſerat, exceptionum minatur amiſſionem, replicae vero ibidem nullam iniicit mentionem, noſtri arbitrii res non erit, ad actorem idem extendere, in ſtricta potius deciſione conquieſcamus. *conf.* STRYCK. *de Proceſſ. abbreuiandis per poenam mendacii. Hal. 1703.*

reſtius adſirmatur, Rat. 1) 2) 3)

§. XIX.

Ad paria iudicari actorem et reum, limitatur.

Caſus ex *l. ſi contendat 26. ff. de Fideiuſſor.*

Ad paria iudicari actorem et reum, in communi omnium ore eſt ICtorum. Quatenus hoc intuitu Replicae procedat, huc quadrat inquirere. Exempli loco, vt res fiat clarior, ſit *l. 26. ſi contendat ff. de Fideiuſſor.* Confideiuſſores adhuc quidem ſoluendo exiſtentes, video perdere, atque dilapidare bona ſua, ego confideiuſſor prouoco Creditores, ad hoc, vt in iudicium veniant, meamque diuiſionis exceptionem au-

quomodo petitum formatur.

diant, (*ita enim formandum petitum, non vt aliqui minus recte faciunt, vt perpetuum imponatur silentium, hoc fiat oportet in l. diffamari, vid.* RIVIN. *ad O. P. S. t. 1. En. 22.*) vel si vnus tantum adsit fideiussor, beneficium ordinis, modo venerit dies solutionis, *vid.* HERING. *de Fideiussor. c. 20. §. 15. n. 21.* CARPZ. *P. II. c. 19. d. 12.* eritne actori, remedium huius legis replicanti, indulgendum? Id certe erit negandum, dicta quippe lex exceptiones solum respicit, in iudicium deducendas, easque non omnes, sed dilatorias saltem, atque peremtorias, quae merita tangunt causae, ad replicationes vero extendenda nullo modo, 1) partim quia replicationes differunt ab exceptionibus *v. pr. I. de Replica*, partim 2) quia remedium *legis si contendas* reo nullum alium in finem conceditur, nisi vt exceptionibus tutus, ab actione liberetur. *vid.* SVENDEND. *ad* FIBIG. *p. 1596.* BERGER *in El. Proc. Prou. th. 50. sane actor* (inquit) *quamuis replicando rei loco habeatur, ex hac lege perperam prouocat, cum per eum stet, quo minus actionem in iudicium deducat, et intra tempus legitimum replicam opponat, imo vero* (pergit) *soli reo illud prouocationis beneficium competit.* IDEM. *in Oec. Iur. L. 4. t. 32. n. 14.*

An remedium l. si contendat competat actori replicanti, negatur. Rat. 1) 2)

§. XX.

De Replicae probatione.

Tantum de Replicae definitione, natura et indole, casibus vbi opponenda; qualis vero circa eam obtineat probandi modus, (*diximus enim quandoque praestare actorem ad replicae probationem admittere*) haud immerito hic disquiramus. Nemo non intentionis suae fundamentum probare tenetur, *l. 1. 12. de*

probat.

probat. ita actor qua replica, siue statim inseratur libello, siue postea opponatur, illam probabit? nuda enim veritatis adsertio omni destituitur probationis effectu. Modus probandi, pro ea, quae est DD. diuisio, est vel ordinarius, per Testes, perque documenta, vel extraordinarius per iuramentum, qualis igitur hic locum habet? seorsim in subsequentibus.

§. XXI.

Actor potest replicam ad euertendas rei exceptiones articulatim concipere, quales κατ' ἐξοχὴν replicatorii vocantur articuli, quamuis si elisiuorum denominatione vti malis, haud peccabis. *vid. omn.* de BERGER *de art. elis.* §. 13. Vtrum vero iuramentum super elisiuis articulis recte deferat actor? respondemus distinguendo: inter Ius Ciuile, Saxonicum et inter. De priori adfirmatio in nullum venit dubium, in quouis enim processus articulo iuramentum recte defertur *per l. 12. C. de reb. cred. et iur. iur.* quinimo licet actor probationem ingressus, ea desistat, vel probaturus deficiat, hucdum Ius ciuile ad iuramentum indulget regressum. *vid* FRANZK. *tit. de Iur. iur. n. 108.* MEVIUS *P. IV. dec. 5.* BRUNNEM. *ad l. 12. n. 15.* ibique vna cum iis quos refert, elapso iam termino probatorio, recte adhuc deferri posse iuramentum, statuit.

De articulis elisiuis.

Iuramentum an super iis possit deferri. Respondetur distinguendo.

§. XXII.

Posteriori autem Saxonico iure, adcuratius procedendum, actoris quidem arbitrii res est, replicam inserere libello,

De Iure Sax. in ipso libello deferatur.

libello, vel ea, oppositas demum post rei exceptiones, vti malit, iuramentum vero in ipso libello deferre tenetur per *O. P. S. R. t. 18. §. 1.* solches alsofort in dem Klage-Libell thun ꝛc. ex quo conficitur, si replica fuerit libello inserta, super eadem quoque in libello deferendum esse iuramentum, quod postea haud admitteretur. *vid. O. P. S. R. c. t. §. 2.* Actor omnem, quod reliquum, adhibeat cautionem, atque circumspectionem, de rite se, sufficienterque satis instruendo, replicam si libello inserere velit, superque eam deferre iuramentum. Si enim illi, quod humanum dicitur, contigerit, acceptato, et praestito iuramento, ob damnum, quod sua culpa sentit, non habet, quo de queratur, quam se ipso, id certe semper tenebit, vtrum praestet, expectare antea rei exceptiones, quam replicet, ad eo melius sibi prospiciendum, aut se informandum.

§. XXIII.

Si replica libello non inserta. Casus.

Si replica libello inserta non fuerit, circa delationem non vna est DD. sententia. Actor *v. g.* simpliciter format libellum in rei vindicatione, reus opponit exceptionem preascriptionis, actor replicando, laudabili se tuetur absentia, eaque reo haud incognita, medio velut, ad auertendam praescriptionem. Quidam hic statim, deferendum esse putant iuramentum super replica, vel attamen iuramenti delationem reseruandam, qua reseruatione neglecta, in articulis postea elisiuis illud deferre, non amplius integrum sit, solido vero hanc sententiam destitui fundamento, et omissa quamuis delatione, aut reseruatione, in articulis recte adhuc deferri Iuramentum, late et docte deducit de BERGER. *in Tractatu*

quousque

quousque in foro Electorali deferre liceat Iuiur. th. 3. Qualem in modum etiam pronunciarunt *F. L. L.* et *S. C. P. L. teste* MENCK. *in Theor. et Pr. Pand. p. 326.*

§. XXIV.

In replica adhuc recte defertur iuramentum.

Sententia igitur, iuramentum, etiamsi in libello delatum non sit, in articulis probatorialibus, super replica posse deferri, haud amplius dubia. Sententia enim iniungens actori probationem vlterius, quam ad libelli capita, a reo negata, si extenderetur, haud sine iniuria fieret, tantum abest, eam ad replicam, quae a libello longe dissidet, esse referendam. Sententia haec vlterius in *supremo Adpellat. Senatu* et *Collegiis*, quae *Vitebergae*, recepta atque adprobata: *vid.* WERNHER. *P. II. O. 351.* Sententia eadem placuit porro *Scab. Lipf. M. Mai. 1710.* ad requisit. derer Stadt-Gerichte zu Merseburg *in causa* Michael Stechens contra Christian Deutgen: Daß Beklagter auf den 13. 16. 17. 18. Beweis-Articul *sub poena confessi et conuicti* sich einzulassen schuldig: Rationes decidendi: Obwol auf den Beweis der Klage rechtskräfftig erkannt, und in solchem Fall der Regreß zur Eydes-Delation nicht statt hat; Dieweil aber dennoch der *13. 16. 17. 18. Articulus probatorialis* nicht facta libelli, sondern dergleichen *Replicas*, wodurch Kläger des Beklagten Exceptiones abzulegen vermeynet, in sich begreiffen, über solche *Elisiu-Articul* aber der Eyd auch bey dem Beweise gar wohl *deferiret* werden mag *rc.* *vid.* WERNHER. *Suppl. ad P. II. O. 351.*

§. XXV.

Quid iuris in Electoratu?

Bene diu in supremo Adpellationum iudicio, quod Dresdae, obtinuit idem: vide ea quae hanc in rem adducit

prae-

praeiudicia RIVIN. *ad O. P. S. t. 20. En. 117. p. 855.* His vero ab omnibus si recedamus auctoritatibus, in Electoratu nostro iuris est, deferri posse iusiurandum in articulis probatorialibus, replica libello non inserta, *vid. O. P. S. R. t. 18. §. 2* So ist auch Klrn. über die Replic, da sie der Klage nicht bereits inseriret, also nicht Pars Libelli worden, der Eydes-Delation bey dem Beweise, und denen dahin gehörigen Articulis elisiuis, sich annoch zu gebrauchen, unbenommen, es soll aber solches alsobald bey den Beweiß-Articuln geschehen.

§. XXVI.

Probatio pro exoneranda Conscientia.

Ad liberam is, cui iuramentum delatum, voluntatem suam illud acceptare, aut referre, aut conscientiam probatione defendere potest, quae defensio non in delatis solum, verum etiam legalibus quibusdam, locum sibi vindicat iuramentis, *vid. omn.* D. KAESTNERI *Delineat. Proc. Ord. C. 24. §. 4. ibique solide hac de re.* Caueat vero reus hanc ingressus defensionem, articulos ad factum, super quo delatum iuramentum non est, dirigat, sin illos vt impertinentes reiici nolit. Caueat actor, ne, si a reo super exceptionibus delatum iuramentum, conscientiam probatione defensurus, articulos ad replicam immisceat, quales ex eadem ratione reiiciendi. *v. O. P. S. R. t. 19. §. 2.* Sic si agat actor aduersus reum ad implendum Contractum, reus se summe ebrium fuisse, excipit, superque hoc actori defert iusiurandum, actor replicat, altero die post, ratihabuisse contractum, eligit vero conscientiae probationem, in articulis elisiuis, si ratihabitionis faciat mentionem, articuli erunt impertinentes. Replica enim cum exceptionibus nihil habet commune, veritatem enim factorum, quibus innititur, vndeque exceptionem

ptionem elidere intendit, praesupponit. Quale autem, sin fiat secus, ad aduersarium inde redundat damnum? Praecluderetur ei copia ad reprobationem contra replicam, atque danda interrogatoria. Quocirca omnes caussarum Patroni, omnes in eo contendant industriae vires, ne iis, quae hactenus monuimus, contrarium quid faciant, ex officio enim tales impertinentes reiiciuntur articuli. *vid. O. P. S. R. t. 19. §. 2.* Varia hanc in rem lectuque digna apud BERGER. *in E. D. F. t. 19. n. 2.* et WERNHER. *P. II. O. 352.*

§. XXVII.

Quandoque reus ad exceptiones articulos dirigere potest.

Verum equidem reo conscientiam probatione defensuro, articulos ad exceptiones dirigere plane non licere; nec haec attamen regula sine exceptione. Si enim facto in libello adiuncta qualitas, quae ab Actore per exceptionem elidatur.. *vid.* de BERGER. *in E. D. F. t. 19. n. 3. vbi sequ.* exhibet casum: Mercator libellum conceperat: Es habe Beklr. aus dem Cram-Laden, Inhalts Auszugs, Waaren holen lassen, und sey dafür 128. Thlr. schuldig blieben, iuramento delato, reus prius libelli caput adfirmabat, negabat alterum; eritne hic reus ad iuramentum admittendus altero super capite, eique liberum, in exoneranda conscientia super exceptione solutionis, articulos adiicere? Adfirmatiue responsum in *Consil. aestiuo 1703. in causa D.* Gottfried Voelckels ex iure cesso seines Eheweibes, Annen Sophien, verwittbeten Unruhin, Klägers, Hanß George von Grünrod und Conf. Beklagten, interpositaque Leuteratione, denuo confirmatum, *consilio aestiuo 1704.* quia super toto, reo delatum iusiurandum, libello. Plures recenset casus RIVINVS

ad O. P. S. t. 19. En. 17. Cautelae loco de BERGER. *c. l. p. 613.* suadet actori, sin male sibi consulere nolit, speciatim reo iusiurandum non deferre, nisi super ipsa quoque petitione, quia alias praeberet reo occasionem excipiendi antea forsan haud praemeditata, se vero priuaret reprobatione, et dandi interrogatoria ad causam facultate. *vid. O. P. S. R. t. 19. §. 2.* de BERGER. *Suppl. P. I. p. 226. P. II. p. 459.* GRIBNER. *Princ. Pr. Iud. L. I. c. 4. S. 3. §. 4.*

§. XXVIII.

Probatio Replicae per Documenta.

Dicta de Replicae probatione per iusiurandum sufficiant, de ea quae fit per Documenta, in praesentiarum. Actorem reo teneri edere, certum est 1) ad instruendum ipsum, talia scilicet, quibus ipse vsurus *per l. 1. §. 3. ff. de edendo.* 2) ea etiam, quibus ad fundandum opus habet exceptionem *per l. f. C. de edendo. l. 5. C. eod. vid.* BRVNNEM. *ad l. 1. de edendo n. 6.* et regulariter actor reo, non vero reus edit actori. *c. l. 4. et l. f. C. de ed.* Sequentes huius rei DD. adducunt rationes 1) conditionem rei ob fauorem defensionis esse fauorabiliorem ea actoris. *l. 125. de R. I. l. 47. de O. et A.* 2) reum conueniri inuitum, actorem agere libere, et non nisi instructum, venire in iudicium. *vid.* CARPZ. *t. 14. §. 4. n. 32.*

Actor edit non reus.

Rat. 1)

2)

§. XXIX.

Limitatur haec regula.

Nulla tam generalis est, et firma regula, quae non aliquando patiatur exceptionem *l. 1. ff. de R. I.* idem contingit regulae: reum haud teneri edere actori, multi vero vt ea de re simus, quandoquidem huius loci non sit, consulendi sunt BERLICH. *P. I. C. 45. n. 24. seqq.*

GILKEN.

GILKEN. *ad l. f. C. de ed.* PACIAN. *de reprobat. L. I. c. 63.* MENOCH. *A. I. Q. L. II. conf. 499. et omn.* D. KAESTNER. *Delineatio Proc. Ord. c. 30. §. 4.* Vnam vero taciti praeterire nullo modo possumus quaestionem: An reus actori ad fundandam replicam teneatur edere? Dolendum destitui nos LL. decisione huius quaestionis, cui DD. dissensum referimus acceptum. Adfirmatiuam qui ingrediuntur sententiam, in eo quod *a. l. f. C. de ed.* desumitur argumento adquiescunt, cuius in fine *Imperator Alexander: quando hoc* (inquit) *casu non oportet originem petitionis ex instrumentis eius, qui conuenitur, fundari,* argumento sic a contrario in iure alias quidem fortissimo *l. 1 ff. de offic. eius cui Iurisd. mand.* ergo ad fundandam replicam fieri debere a reo editionem. Haud desunt etiam, quibus negatiua arrideat magis. *vid.* de BERGER. *Resol. Laut. ad tit. de ed. qu. 4. in animadu.* ipse vero BERGERVS in curis posterioribus, a priori recedere sententia, minime sibi religioni duxit, *in El. D. F. t. 26. §. 1. n. 1. replica vtut sit* (inquit) *pars libelli, eodemque cum libello censeatur iure, tamen naturam suam propterea non exuit, sed replica manet, cui tantopere fauent iura, vt etiam reum, ad eandem probationibus instruendam coerceant.*

An reus ad fundandam replicam tenetur edere? Adfirmant quidam. Distinguit BERGERVS. IDEM mutat sententiam.

§. XXX.

Nobis iam sufficeret Praxis, sententiam amplectens adfirmatiuam, a qua etiam aequitas, et iuris stat analogia; si enim verum, verum autem omnino est, reum excipiendo fieri actorem, *l. 1. C. de except.* actorem replicando reum, teneri ergo reum edere actori instru-

Verior adfirmatiua.

instrumenta. Vti etiam pronunciarunt *F. I. L. Menſ. Febr. 1703. vid.* MENCK. *Th. et Pr. Pand. ad tit. de ed. §. 10. ICti Helmſtad. Menſ. Iun. 1715. vid.* MARTINI *ad O. P. S. t. 26. n. 25.* GRIBNER *in Pr. Pr. Iud. L. I. C. 3. S. 4. §. 3.* LAVTERB. *Comp. p. 43.* CARPZ. *L. III. R. 78. n. 14.* BERLICH. *P. I. concl. 45. n. 31.* TITIVS *Obſ. Laut. 55. p. 49.* STRYCK. *Vſ. mod. ad tit. de ed. §. 18.* Pleniſſimum tandem adfirmatiua ſententia in Saxonia accepit robur, *per O. P. S. R. t. 26. §. 1.* plane ergo vt ambigua amplius non ſit.

§. XXXI.

Probatio per Teſtes.

Neutrum denique ſi placuerit, replicae probationem ingredi per Documentum, vel per iuramentum, integrum ei ad Teſtes confugere. Ea quae LL. non ſunt expreſſa, cum ſequantur arbitrium voluntatis humanae, *XIII. qu. 2. c. 33.* nulli videmus, quid prohibeat, quo minus in iis, quae alias circa probationem per teſtes obſeruanda volunt Ordinationes Proceſſuales, circa eam, intuitu replicae etiam adquieſcamus, et deficiente LL. diſpoſitione ſpeciali, ſecundum Iuris communis procedamus diſpoſitionem.

§. XXXII.

An hoc doctrinae genus de Replica innitatur textu iuris.

Tandem, haud ſine iniuria eam omitteremus quaeſtionem: vtrum adſit Iuris textus, quo traditum hactenus doctrinae genus, de Replica innitatur? Adfirmare dubitamus, licet nulli ſimus neſcii, probare id quosdam velle *ex L. 2. ſi aduerſ. rem. iud.* Lecta vero, atque perlecta hac lege, admodum difficilis nobis remanſit

mansit probatio, exhibet enim dicta lex, casum obortae inter patrem, et filium, de patria potestate litis, apud Proconsulem ventilatum, et tractat antea acta, et peracta, nullo vero modo adhuc peragenda, id quod nostra praesupponit Replica, hinc laudatae Diss. BERGERI *de articul. elis. th. 29. et Comment. ad l. 2. C. qui et aduersus quos. th. 28.* calculum nostrum addere, nulli erubescimus. Aegre enim ex verbis sub initio *d. l.* conspicuis: *Si cum patre tuo te in sua potestate esse minime emancipationem a se factam valere diceres etc.* inferre licebit, replicam emancipationis inualidae, libello fuisse insertam. Factum saltem in *d. l.* narratur simpliciter, et breuibus, quo de et alio nihilo etiam intelligenda sunt verba, egisse scilicet patrem, excepisse filium, emancipationem esse inualidam, replicasse patrem. Liberum interim cuilibet iudicium esto, hoc magis, quo minus ad salutem Graeciae faciat quidquam, omnis haec controuersia. Testantur vero plerorumque locorum consuetudines, Saxoniae vero *Ord. Proc. Rec. l. c.* recte replicam inseri posse libello, licet Ciuilis deficiat iuris dispositio.

§. XXXIII.

Generatim adhuc actoribus duas, omnibus numeris commendamus cautelas: 1) Etiam atque etiam quilibet actorum, replicam si velit inserere libello, omnem adhibeat curam, operam et cogitationem, haud raro enim, non sine magno sui ipsius periculo, per replicam reo praebet occasionem excipiendi talia, quorum alias in mentem eius forsan venisset nunquam; accedit, quod reus ab onere releuetur probandi, exceptio- Cautelae. 1)

ceptiones, quia adlegatio actoris, intuitu probatae exceptionis, vim confessionis habet, *vid.* CASTRENSIS *ad l. 2. C. si aduersus rem iud.* quod expertum habere dolet MVDAEVS *ad d. l.* de BERGER. *c. Diss. th. 30.*

2) 2) si sibimetipsi diffidat actor, rei exceptiones vereatur grauissimas, eas potius expectet antea, quam replicam inferat, sic eo melius ad eam se comparare, et eo plenius probationem perficere poterit.

§. XXXIV.

Conclusio.

Tantum, quoad eius, quae nostri instituti fuit ratio, fieri potuit, *de replica libello inserenda.* Longiores esse suaderet quidem rei pondus, iuberet Praxis, in medio posita, prohibet propositum. Expleas *B. L.* relictam a nobis, quae deerit partem, nostrum fuit disserere, non commentari. Remittendum id nobis erit hoc magis, quo pauciora ordine passim, nisi in Autoribus hac de re inueniamus obuia, dissertatione peculiari, nemo huc dum nobis fecit otium. Excipias, nos ea, quae in medium adlata, accepta referre Autoribus, a nobis citatis, replicam ex antecedentibus colligas ipse, pergas duplicando, displicere ordinem, reliqua, triplicamus: Concludendo:

Inueniat quod quisque velit, non omnibus vnum
Quod placet, hic spinas colligit, ille rosas.

TANTVM!